

II

2022

N.º 137

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

II

2022

N.º 137

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

DERECHO DE CORRECCIÓN DE MENORES. <i>Por Diego. M Luzón Peña</i>	5
PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA VERSUS ADECUACIÓN SOCIAL, TOLERANCIA SOCIAL, E INSIGNIFICANCIA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA. <i>Por Nuria Castello Nicás</i>	27
LOS DELITOS MEDIOAMBIENTALES EN LA GANADERÍA: MAPA DE RIESGOS DEL SECTOR. <i>Por Angela Matallín Evangelio</i>	59
LA DELIMITACIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LA MENOS GRAVE. <i>Por Cristina Domingo Jaramillo</i>	109
SOBRE LA REFORMA AL ARTÍCULO 172 QUATER DEL CÓDIGO PENAL. <i>Por Edgar Iván Colina Ramírez</i>	139

SECCION DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

EL COHECHO COMO DELITO INSTRUMENTAL. ANÁLISIS DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL ART. 405 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. <i>Por Roberto Cruz Palmera</i>	161
--	-----

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo</i>	179
--	-----

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A MICHAEL KUBICIEL, <i>LA CIENCIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL</i> , JOSÉ R. BÉGUELIN Y LEANDRO A. DIAS (TRAD.), EDITORES DEL SUR, BUENOS AIRES, 2021, 456 PÁGINAS. <i>Por Alejandro Ignacio Chinguel Rivera</i>	205
RECENSIÓN A DE LA MATA BARRANCO, N. J., <i>DERECHO PENAL, PRINCIPIOS, INTERROGANTES Y REFLEXIONES</i> , COMARES EDITORIAL, 2022, 210 PÁGINAS. <i>Por María Adrio Lorente</i>	213
RECENSIÓN A CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO, <i>CORRUPCIÓN Y FRAUDES</i> , ED. UTOPIÁ, CÓRDOBA, 2022, 486 PÁGINAS. <i>Por Anna Raga i Vives</i>	219
NOTA NECROLÓGICA	
IN MEMORIAM. TOMAS VIVES: EL COMPROMISO DE UN JURISTA EXCEPCIONAL. <i>Por Enrique Orts Berenguer, Juan Carlos Carbonell Mateu, José L. González Cussac, María Luisa Cuerda Arnau</i>	225
NOTICARIO	229
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	253

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

**RECENSIÓN A MICHAEL KUBICIEL,
LA CIENCIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL,
JOSÉ R. BÉGUELIN Y LEANDRO A. DIAS (TRAD.),
EDITORES DEL SUR, BUENOS AIRES, 2021, 456 PÁGINAS**

ALEJANDRO IGNACIO CHINGUEL RIVERA
Universidad de Piura

Esta monografía constituye la traducción realizada por José R. BÉGUELIN y Leandro A. DIAS al escrito de habilitación del profesor KUBICIEL titulado *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgabe, ihre Methoden*, publicado en el año 2013. En este trabajo el autor desarrolla lo que denomina *las doctrinas generales de la parte especial del Derecho penal* y, con ello, trata de responder a la cuestión sobre la relación entre la parte general y la especial del Derecho penal. Las doctrinas generales que plantea son tres: (i) una *teoría de la pena* que tenga su fundamento en la *filosofía del Derecho*; (ii) una *teoría de la imputación* guiada por la teoría de la pena propuesta; y (iii) una *teoría de los deberes*. Se presenta así una *teoría general de la parte especial* cuya estructura, compuesta a partir de las doctrinas generales, busca guiar de manera sistemática el análisis de *legitimidad* y la *interpretación* de los tipos penales (p. 34). Con ello, se busca dotar a la parte especial de una cientificidad y racionalidad que, en su opinión, no es posible alcanzar solo con las teorías y métodos actualmente más asentados, como *la libertad de elección de los cánones de interpretación* y la *doctrina del bien jurídico*.

Después de una breve introducción (pp. 25-34), la obra se divide en dos partes. En la primera (I. La ciencia del Derecho penal y la parte es-

pecial del Derecho penal) se muestra la *función* que plantea la ciencia del Derecho penal, las *pretensiones* que tiene que cumplir como ciencia y los *medios* que requiere para valorar debidamente su función y las pretensiones a cumplir (p. 33). En cuanto a la *función*, al ser la ciencia del Derecho penal una ciencia práctica, debe posibilitar la aplicación racional del Derecho vigente (*función dogmático-penal*) y su evaluación político-criminal (*función crítica*). De esta manera, podrá guiar al legislador en la redacción de los tipos penales y al juez en su aplicación. La cuestión es si la ciencia del Derecho penal cuenta con los *medios* idóneos para ello. Al respecto, KUBICIEL destaca la importancia que se ha otorgado al *método jurídico de interpretación* para la aplicación racional del Derecho, y al *concepto de bien jurídico* para la limitación liberal del Derecho penal (p. 62), sin tomar en consideración la importancia que tienen para esta labor la *filosofía del Derecho* y la *pretensión de hacer visible un sistema* en el ordenamiento vigente (p. 181). Para el autor, tales *medios*, a pesar de ser considerados tradicionalmente, resultan insuficientes para alcanzar la doble *función* de la ciencia del Derecho penal.

Con esta finalidad, se comienza indicando que la *metodología interpretativa* no puede por sí sola determinar racionalmente el *contenido jurídico* de un tipo penal (p. 88), pues del texto de la ley no puede directamente establecerse su *fin*. En este sentido, la orientación que estos métodos proporcionan al intérprete no es sustantiva, sino periférica, porque no le revelan el *fin* de la norma. Incluso la interpretación teleológico-objetiva requiere de una determinación por parte del intérprete, dado que el fin objetivo de una norma no se fija de antemano. A ello se suman las cuestiones que surgen de la vinculación de este género de interpretación con la doctrina del bien jurídico protegido, como las alternativas a tal concepto o las ambivalencias que brotan cuando a un mismo tipo penal se le asignan diferentes bienes jurídicos (p. 86). Por estas razones, la *metodología interpretativa* no puede garantizar la aplicación racional del Derecho penal, sino que requiere de un contenido normativo previo que la fundamente y que no encontraremos en el texto legal, sino que debe elaborarse.

El mismo destino ha de sufrir el *bien jurídico* y su concepto teleológico, pues tampoco reflejan plenamente el *fin* de la ley (p. 97). La indeterminación de su contenido impide considerarlo como criterio de política criminal, y ser relevante en materia de interpretación (pp. 124-125). En el primer caso, porque los «intereses», «valores» o «derechos de terceros» no constituyen orientación suficiente para el legislador en el ejercicio de sus facultades de criminalización; mientras que, en el segundo, esa misma carencia de contenido del bien jurídico lleva a que los tipos penales

puedan ser interpretados y legitimados de diferentes maneras. Además, sigue tratándose de un concepto que debe especificarse y complementarse, debido a que deja abierta la cuestión de qué persona debe ser responsable de la protección del bien jurídico y en qué medida (p. 127). Al respecto, tampoco la *doctrina de la imputación objetiva*, llamada por la opinión casi unánime de la ciencia del Derecho actual a realizar esta labor de concreción y complementación, puede cumplir plenamente con esta tarea. Puesto que, por un lado, debido a su enfoque a la conexión entre comportamiento y resultado, ignora el problema de qué criterios deben utilizarse para interpretar elementos del tipo penal no vinculados con un resultado (p. 144); y, por el otro lado, utiliza una diversidad de criterios de decisión que necesariamente dan lugar a una ponderación de aspectos diferentes y a veces incluso contradictorios, como lo son prevención y culpabilidad (p. 149). La diversidad de criterios de decisión con los que opera la imputación objetiva resulta escasamente explicativa (p. 150), lo cual lleva consigo buscar una alternativa para interpretar los tipos.

En este punto, como posibles soluciones al problema aparecen los planteamientos del autor. Una de sus premisas es la importancia de la *pretensión sistemática* de la ciencia de la parte especial, pues solo así se conseguirá una mejor interpretación en la práctica jurídica y una buena argumentación político-criminal (p. 173). Tal pretensión no se ha logrado con los criterios interpretativos ni con la doctrina del bien jurídico. Por ello, tal alternativa ha de buscarse fuera del ordenamiento legal, en la filosofía del Derecho. Es decir, que la ciencia del Derecho penal y la doctrina de la imputación deben concretarse a partir de la filosofía del Derecho y la teoría de la pena. Aquí se encuentra la *tesis* principal de este trabajo: *la ciencia de la parte especial debe basar su trabajo dogmático y de política criminal en la teoría de la pena* (pp. 176-177). Es la teoría de la pena la que determinará cómo el Derecho penal puede y debe proteger bienes jurídicos. Después de un breve resumen y perspectivas (pp. 181-183), finaliza la primera parte.

En la segunda parte (II. La doctrina general de la parte especial) KUBICIEL desarrolla sus doctrinas generales ((i) una *teoría de la pena* de fundamento iusfilosófico; (ii) una *teoría de la imputación* guiada por esta; y (iii) una *teoría de los deberes*) y pone a prueba sus virtudes mediante su aplicación a tres delitos: el homicidio a petición (§ 216 StGB), la preparación de un delito grave que ponga en peligro al Estado (§ 89a StGB) y la contaminación del aire (§ 325 StGB). Tales delitos ofrecen a la dogmática

especial no pocos problemas interpretativos y aplicativos; y de aquí aspira a proyectar soluciones sobre otros delitos (p. 189).

Para sustentar las doctrinas generales de la parte especial es imprescindible establecer cuál es la *teoría de la pena* que pueda explicar y legitimar de manera consistente el castigo. Se propone la (i) *teoría retributiva* de la pena por ser compatible con el principio de culpabilidad. A diferencia de las otras teorías (pp. 202-229), la propuesta *no busca primariamente describir los fines posibles de la pena* («protección de bienes jurídicos», «intimidación» o «estabilización de la confianza»), sino dejar claro que la pena *consiste en una reacción frente a una lesión culpable del Derecho*. Un Derecho que se fundamenta en una dimensión objetivo-institucional. En otras palabras, que cuando el autor lesiona el Derecho, lo hace como una condición necesaria de la libertad real y, de este modo, ataca a la comunidad jurídica, que se ha configurado en torno al objetivo común «paz mediante Derecho». De esta manera, el *delito lesiona el Derecho* como ordenamiento que les asegura a todos los ciudadanos la libertad real y, por consiguiente, la *pena* se configura como una reacción frente a *la lesión de un derecho (particular) en cuanto derecho (general)*, reconocida por la totalidad de los ciudadanos como respuesta por la lesión de sus reglas (p. 235). Con estos fundamentos, KUBICIEL marca una diferencia con la tesis de la «prevención conservadora de la vigencia» planteada por JAKOBS (p. 236).

Una *teoría de la pena* así fundamentada permite (ii) *guiar la teoría de la imputación* a buen destino. Gracias a ella, la imputación podrá definir de mejor forma el *objeto de imputación*, en este caso el *actor* que toma una posición frente al derecho; la *instancia de imputación*, esto es, el Estado que solo podrá exigir lealtad y, por consiguiente, imputarle el delito a una persona como lesión del Derecho cuando pueda garantizar la libertad efectiva y vigente; el *objeto de la imputación*, el derecho subjetivo (particular) en cuanto derecho (general), lo cual trae como consecuencia que la noción de derecho subjetivo forme parte del concepto de delito y que adquiera un componente de generalidad (supraindividual); y, finalmente, el *parámetro de imputación*, es decir, la conducta valorada como lesión de una *relación jurídica garantizada en general* (pp. 237-240).

Sin embargo, para poder establecer si una conducta ha lesionado el derecho (particular) en cuanto derecho (general), es necesario, determinar si el bien lesionado puede aspirar a una *protección jurídicamente garantizada* contra la conducta en cuestión. Para ello, es preciso contar con unas reglas generales de distribución de competencias que determinen qué *derechos* son protegidos y qué *deberes* han de corresponderle a esa protección. Se evidencia, de este modo, la importancia de (iii) la *teoría de*

los deberes. Estos, que podrán ser positivos o negativos (p. 247), y solo podrán exigirse en la medida que posibiliten la libertad personal, nos permitirán determinar cuándo estamos ante la lesión de una relación jurídica garantizada en general. No obstante, no podremos hallar estos deberes jurídico-penales en el tipo penal, sino que hemos de buscarlos fuera, esto es, recurrir al *Derecho extrapenal positivo* o a las *expectativas informales de conducta que regulan la vida social mediante distribución de competencias* (codificadas o no). En ese sentido, se concluye que el Derecho penal se constituye como un ordenamiento normativo secundario (p. 254).

Finalmente, la obra se cierra descendiendo de los principios generales a los problemas particulares. En concreto, se analizan tres delitos: el *homicidio a petición* (§ 216 StGB), la *preparación de un delito grave que ponga en peligro al Estado* (§ 89a StGB) y la *contaminación del aire* (§ 325 StGB).

Como consecuencia de su análisis, el autor llega a interesantes conclusiones que demuestran la capacidad de rendimiento de sus doctrinas generales. Así, a partir de una *teoría retributiva de la pena*, establece que el *delito de homicidio a petición* (§ 216 StGB) es un *delito de peligro abstracto* que impone un *deber positivo* de ayudar a una persona en una crisis existencial ignorando su pedido expreso y sincero de que la maten (p. 273). Asimismo, el enfoque en las *concepciones sociales valorativas de la sociedad*, afirmadas en la autodeterminación y en la solidaridad, permitirá legitimar este delito y resultar útil en su interpretación teleológica. Tanto para diferenciarlo del § 212 StGB, como para establecer cuándo en el *homicidio a petición* no existe una petición irreflexiva y, por ende, se debería excluir su aplicación si lo que se quiere es asegurar una libertad real donde la sanción penal realmente reestablezca el Derecho (pp. 305-309). La misma capacidad de rendimiento obtienen tales doctrinas en el delito de *preparación de un delito grave que ponga en peligro al Estado* (§ 89a StGB), pues también aquí la *teoría retributiva* permite esclarecer el *objeto de la imputación*. En este caso, se trata del deber cuya observancia representa un requisito para el estado de la libertad real de la sociedad, puesto que el tipo penal protege directamente instituciones que son presupuestos de libertad personal. En este sentido, también los *deberes* impuestos adquieren *legitimidad* (p. 341). De igual modo, la *interpretación* de este delito, conforme a *consideraciones sociales*, se enriquece sobre todo en lo referente a la acción típica, permitiendo así determinar cuándo «juntar dinero» no lesiona el deber; explicar el concepto de «valores patrimoniales no irrelevantes», fundamentando una cláusula de exclusión bagatela; y excluir el dolo eventual (p. 350). Por último, también en el de-

lito de *contaminación del aire* (§ 325 StGB), la *teoría retributiva* permite concluir que el *objeto de legitimación* es la infracción de la norma de conducta, que lleva el sello del Derecho administrativo. Lo cual indica que los deberes de Derecho administrativo son partes esenciales del Derecho penal. Por ende, confirma que el Derecho penal resulta un *ordenamiento jurídico secundario* necesitado de normas extrapenales para alcanzar su forma definitiva (pp. 358-359). Esto es especialmente importante al momento de interpretar el tipo penal en relación con la autorización administrativa previa, frente a la tolerancia administrativa (pp. 372-376) o de cara al posible círculo de autores en relación con la accesoriadad administrativa (p. 377). Igualmente, ilustrativa es la conclusión a la que se llega respecto al § 325, párr. 1, StGB, que contiene un componente de resultado; dado que si lo que se imputa es la violación de una norma de conducta, compuesta por deberes administrativos y valores límite, la idoneidad para generar peligro debe buscarse en las propias reglas jurídicas (p. 386).

Con todo, el libro culmina respondiendo a la pregunta inicialmente planteada, es decir, cuál es la relación entre la parte general y la parte especial. En opinión del autor, ambas partes se influyen recíprocamente, pues los tipos penales no pueden ser aplicados sin reglas generales de imputación que, a su vez, tienen que orientarse según la teoría de la pena. De esta manera, los tipos penales de la parte especial constituyen un campo de referencia tanto para la teoría de la pena, como para la dogmática de la parte general (p. 388).

KUBICIEL ha expuesto de manera impecable una teoría general de la parte especial con mucha fuerza argumentativa la cual tiene como base una teoría de la pena sustentada en la teoría de la libertad. Su propuesta puede suscitar más o menos observaciones de la doctrina, pero demuestra sin duda interés. A continuación, exponemos una breve reflexión a propósito de la lectura de la obra.

Nos resulta elogiable el esfuerzo por construir seriamente un sistema que contribuya a desarrollar la dogmática de la parte especial. Ciertamente, las premisas construidas con base en una teoría de la pena retributiva, fundamentada en una teoría de la libertad, podrían ser objeto de desacuerdo; pero no puede negarse que, a partir de allí, la propuesta es coherente y presenta soluciones para la política criminal y la aplicación racional del ordenamiento que hoy, con otros fundamentos y categorías, nos cuesta resolver. No obstante, parece válido preguntarnos si asumir estas teorías generales no descubre otras interrogantes que deberán responderse oportunamente. En concreto, si el Derecho penal es un or-

denamiento jurídico secundario necesitado de normas extrapenales para alcanzar su forma definitiva y, en el caso del Derecho penal económico, por cuestiones de accesoria administrativa y de las leyes penales en blanco, muchos delitos configuran su deber jurídico-penal a partir de deberes jurídico-administrativos, cómo es que coherentemente se puede sostener una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Dejamos esbozada aquí esta cuestión.

Otro punto destacable es que la obra, siendo crítica con la forma más usual de «trabajar» la parte especial, demuestra una gran honestidad intelectual, pues no tacha sin más los métodos de interpretación y de la doctrina del bien jurídico, sino que, más bien, rescata de ellos lo útil y partir de allí propone sus «meta-teorías». Por último, encomiable resulta también el orden y método seguido por KUBICIEL, quien no tiene reparo en someter a prueba sus doctrinas generales en delitos altamente cuestionados y de diversa naturaleza.

Finalmente, la traducción de esta monografía realizada por José R. BÉGUELIN y Leandro A. DIAS sitúan al lector en grandes condiciones para afrontar la lectura del texto, pues complementan la traducción con alguna nota a pie de página que ayuda especialmente.

En definitiva, se trata de un excelente trabajo con una tesis muy potente que abre a una nueva discusión sobre la forma de entender y trabajar la ciencia de la parte especial del Derecho penal.